# HISTOIRE D'USUL AL-FIQH CHEZ LES MUSULMANS

par

Muhammad HAMIDULLAH (*)

Dans l'histoire connue de l'humanité, on rencontre les traces du droit partout dans le monde, depuis la plus haute antiquité. Nous possédons le grand code d'Hammourabi, roi de Babylonie; on nous a conservé les textes des *Vaidas* et des *Smirtis* des Brahmanistes de l'Inde; il y a des traités juridiques de Confucius en Chine (*Chou-King*, par exemple); les Persans avaient leur *Avesta* et leur *Ain-nâmak;* on connait bien des choses sur l'antiquité juridique de l'Egypte des Pharaons; les *Douze Tables* de la loi chez les Grecs, et la *Thora* des Israëlites sont aussi connues de tous; et, enfin, les Romains nous ont laissé des monuments importants sur leurs lois, surtout les traités de Gaïus, originaire de l'Asie Mineure, et de l'empereur Justinien de Byzance.

Toutes ces oeuvres pré-islamiques sont fort belles, mais on est frappé de surprise lorsqu'on cherche - et cela vainement un traité, non pas sur les lois, mais sur la science de la loi: *usûl al-fiqh* (ou "racines de la loi"), comme la nommaient les Musulmans, ou "jurisprudence" comme l'appellent les Anglo-Saxons modernes. (ce terme ayant un sens tout à fait différent en français). Les collections de *lois*-que les Musulmans nomment *furû'* (bran-

---

(*) Né à Hyderabad-Dekkan, en 1908: études à l'Université de cette ville et à celles de Bonn et de Paris. A fait des recherches dans les bibliothèques du Hedjaz, du Yemen, de Syrie, du Liban, de Palestine, d'Egypte, de Turquie, d'Allemagne, de Hollande de France, d'Afganistan, du Maroc, de Tunisie, d'Algérie et de l'Inde pour la préparation de ses ouvrages. Est chargé de cours sur le droit musulman à la Faculté des Lettres de l'Université d'Istanbul.

ches), pour les distinguer des *usûl* (racines) - ainsi que les commentaires les plus volumineux de ces codes se trouvent partout dans le monde, mais un traité de la science abstraite de la loi n'a été, à ma connaissance, produit ni par les Orientaux ni par les Occidentaux, sans excepter les Romains. Comme nous allons le voir, le premier ouvrage sur le sujet a été compilé par l'Imâm ach-Châfi'i, né en l'an 150 H. (767 chr.). C'est, peut-être, la plus grande contribution des Musulmans dans le domaine du droit, mais non point la seule.

Les Etats sont une institution très ancienne dans la société humaine, mais la première constitution écrite d'un Etat a été promulguée la première au monde, par un ironie du destin, par un illétré, le Prophète de l'Islam, constitution dont le texte, comportant 52 clauses, nous a heureusement été conservé littéralement et intégralement. Nous possédons, certes, la constitution d'Athènes par Aristote; mais ce n'est pas la loi promulguée par le souverain de l'Etat: ce n'est qu'un simple historique du gouvernement de la Cité-Etat d'Athènes, par un historien privé. L'*Artha Sastra* de Kautilya de l'Inde, contemporain d'Aristote, n'est pas non plus une constitution: ce sont des conseils au roi pour l'administration, du genre du "*Prince*" de Machiavel. On connait, dans un autre domaine, le système formulaire chez les Romains. D'après la loi romaine dite des Douze Tables, le demandeur devait écrire dans sa plainte le terme "arbre de raisins". Gaïus ordonne que si l'on écrivait "le grimpant des raisins" pour la vigne, le tribunal rejette la plainte sans s'en occuper. L'idée du talion "dent pour dent", sera admise partout comme équitable, mais le code d'Hammourabi sera poussé par la logique à dire non seulement que, si quelqu'un tue la fille d'un autre, c'est la fille du coupable, et non pas le coupable lui-même, qui subira la peine capitale. Les Anglais ont été poussés à l'autre extrêmité: il n'y a pas longtemps, jusqu'à la promulgation du *Judicature Act*, si un homme perdait la vie par une collision avec un mur, un navire, etc., il fallait punir le mur et le navire. La notion de motif, si importante dans la loi moderne, est, semble-t-il, inconnue dans l'antiquité avant la célèbre parole du Prophète Muhammad: "Les actes sont d'après les mobiles seulement" (innamâ al-a'mâl b'in-niyât).

Revenons au sujet de l'*usûl al-fiqh*, la science du droit: Il est connu que l'ouvrage le plus ancien sur le sujet qui nous soit parvenu est celui de l'Imam ach-Châfi'i, mais cela ne doit pas impliquer que les éléments n'en sont pas plus anciens. Les problèmes étaient en effet fièvreusement débattus depuis des générations: la parole du Prophète, transmise par un seul témoin (*khabar âhâd*) doit-elle ou non être reconnue comme une source valable du droit islamique? Question qui séparait les Mu'tazilites et les Musulmans orthodoxes. De même, l'*istihsân* (espèce d'équité et de bonne conscience) peut-elle ou ne peut-elle pas constituer une source supplémentaire du droit? Problème qui troublait les rapports des Hanafites et des autres écoles de droit musulman de cette époque. Puisque Châfi'i en parle longuement, et cherche à répondre aux Mu'tazilites et aux Hanafites, entre autres, ce fait ne peut que confirmer notre hypothèse que les éléments étaient déjà là, et que Châfi'i n'a fait que réunir ces éléments, y ajouter sa propre contribution, et rédiger le tout en un ouvrage qu'il appelle "*ar-Risâlah*". Ibn Khallikân (II. 304), parlant de l'Imam Abû Yûsuf, nous assure que celui-ci fut le premier dans l'Islam à rédiger un livre sur l'*usûl al-fiqh*, d'après l'école d'Abû Hanifâh. On attribue même un *Kitâb ar-Ra'y* à Abû Hanifâh. Mais aucun des ouvrages de ces précurseurs de Châfi'i ne nous est parvenu; et les biographes ne parlent pas non plus du contenu de leurs ouvrages sur notre sujet. D'où le grand historien du droit musulman, feu le Prof. Manâzır Ahsan Gilâni (de l'Osmania University de Haiderabad), conclut que l'expression "*usûl al-fiqh*", employée par Ibn Khallikân à propos d'Abû Yûsuf, ne signifie pas la chose qu'on entend maintenant habituellement par ce terme technique; bien au contraire, l'*usûl al-fiqh* signifiait pour Abû Yûsuf la simple déduction des règles et des lois à partir de certaines données principales, selon la méthode employée et enseignée par Abû Hanifah, maître d'Abû Yûsuf.

Quoi qu'il en soit, la *Risâlah* de Châfi'i fait époque dans l'histoire mondiale du droit. Heureusement l'ouvrage nous est parvenu: il en existe de nombreux manuscrits, et plusieurs éditions en ont été publiées. Avant d'exposer le contenu de cet important ouvrage, pour faire mieux saisir ce que Châfi'i entendait par la science du

droit, il serait utile de dire quelques mots sur l'arrière plan de sa thèse:

Muhammad ibn Idris ach-Châfi'i descendait d'un parent du Prophète. Il fit ses études juridiques chez les éminents maitres de La Mecque, puis il se rendit à Médine, pour étudier pendant de longues années auprès du grand juriste l'Imam Mâlik. Ayant approfondi non seulement le droit mais aussi le Hadith, il fut attiré par la métropole de l'Islam de l'époque, Bagdâd. L'école de l'Iraq avait ses propres traditions, continuées de générations en générations, depuis le grand juriste parmi les compagnons du Prophète: 'Abdallâh ibn Mas'ûd, jusqu'à Abû Hanifah. Abû Hanifah mourut dans l'année même où naquit Châfi'i, mais ses élèves, Abû Yûsuf, Muhammad ach-Chaibâni et autres, étaient là et continuaient l'oeuvre commencée par leur éminent maitre. On sait qu'Abû Hanifah fonda une grande académie de droit de 40 membres, afin de rédiger un code du droit musulman. Châfi'i étudia auprès de Muhammad ach-Chaibâni. Sa soif n'était jamais satisfaite. Tout en étant occupé par une prodigieuse activité littéraire, il se rendit par la suite en Egypte, où une troisième école de droit musulman, héritant des traditions d'un autre grand juriste parmi les compagnons du Prophète, 'Abdallâh ibn 'Amr ibn al-iÂs, possédait ces traits bien particuliers. Châfi'i a fait et refait plusieurs fois ses ouvrages; et même notre *Risâlah* possède deux versions: l'ancienne et la nouvelle. On n'a pas encore comparé les deux textes, mais cela nous éloignerait trop de notre sujet. Cette formation de Châfi'i retient d'un côté notre attention.

De l'autre côté, il est à remarquer que le premier siècle de l'Hégire ne fut pour l'Islam que la période de formation, pour creuser les fondements uniquement. La langue arabe, dépourvue de toute littérature écrite, était en train de remédier à ce pénible état de choses: On possédait seulement le texte du Quran et certains recueils du Hadith, et d'autres besoins se faisaient sentir. Il n'est point étonnant que la spécialisation vit bientôt le jour: les scolastiques ne s'occupaient que de l'aspect philosophique des dogmes, et interprétaient les versets du Quran à leur façon; les Muhadddithûn (traditionnistes) rassemblaient de partout les paroles

connues du Prophète, souvent privées de tout contexte et sans données chronologiques; s'il y avait la moindre indication de quelque loi dans une parole du Prophète, ils rejettaient toute rationalité et toute déduction des autres éléments. Enfin, il y avait les juristes, de plus en plus poussés dans leurs propres études, déduisant toutes sortes de données, même les plus insignifiantes, du Quran ou des principes énoncés par eux-mêmes, sans tenir compte des paroles du Prophète, qu'ils ignoraient souvent. Naturellement chaque partie affirmait détenir le monopole de la sagesse et de la vérité, et il y avait des disputes et des querelles, quelquefois même sanglantes. Les connaisseurs du Hadith ignoraient la science du droit, ainsi que les méthodes y employées pour la déduction, pour l'interprétation, pour l'application, etc. Pour tirer des règles juridiques des deux sources canoniques, à savoir le Quran et le Hadith, il faut aussi avoir une solide connaissance de l'historique c'est-à-dire de l'occasion et du contexte de chaque verset du Quran et de chaque parole du Prophète; il faut également connaitre la logique, pour déduire les règles, pour choisir l'élément le plus important en cas de conflit entre deux données sur le même sujet, et ainsi de suite. Le principal mérite de Châfi'i est qu'il connaissait bien la scolastique, qu'il possédait aussi à fond les données concernant les paroles du Prophète, tout comme il avait approfondi la science de la loi, ayant étudié toutes ces sciences chez les meilleurs spécialistes de l'époque. En confrontant les accusations de chaque discipline contre les autres, Châfi'i était le mieux qualifié pour constater les absurdités de chacune et les traits les plus raisonnables de part et d'autre, pour construire une nouvelle école de droit, qui lui fût propre. On sait qu'Abû Hanifah était élève, non seulement des professeurs sunnites, mais aussi du fondateur de l'école zaidite (Zaid ibn 'Ali) ainsi que du fondateur de l'école ithnâ-'achrite des Chi'ah (Ja'far as-Sâdiq). Châfi'i, à son tour, était à la fois l'élève de l'Imam Mâlik et des successeurs immédiats de l'Imam Abû Hanifah, réunissant ainsi en lui les traditions les plus variées, devenant donc un trait d'union, sinon même une synthèse, de tous les systèmes. Il suffit de dire qu'il donna les armes les plus formidables aux Muhaddithûn pour prouver que les paroles conservées du Prophète étaient sûres et

aussi valables alors que de son vivant. Les Muhaddithûn lui accordèrent une gratitude sans réserve. Il appliqua ensuite les méthodes juridiques à la masse des paroles attribuées au Prophète, pour en déduire des règles de loi les plus proches de la raison. Cela effaça d'un seul coup toute la méfiance des juristes purs, qui n'avaient jamais soupçonné avant lui la vraie valeur des recueils des traditions du Prophète. On peut facilement comprendre que le travail antérieur devait être revisé, en vue des nouveaux éléments dont on n'avait pas tenu compte auparavant lors de l'élaboration des lois islamiques. Pour mieux stimuler les chauvinistes des différentes écoles, il rédigea en effet de grandes critiques contre les ouvrages de Mâlik, de Muhammad ach-Chaibâni, etc., ses propres maitres. Ses arguments étaient trop forts et trop convaincants pour qu'on pût les ignorer: les auteurs critiqués ou leurs disciples devaient en tenir compte, pour éviter des reproches accablants. Par incidence, cela produisit un autre bienfait: l'esprit grandissant de chauvinisme dans certains milieux fut ébranlé, et la liberté de pensée et de recherche fut assurée pour quelque temps encore. Il s'agissait aussi bien des Mâlikites que des Hanafites. Deux citations suffiront pour apprécier l'état de choses qu'avait rencontré Châfi'i:

"Lorsque Châfi'i vint à Bagdâd, nous dit al-Khatib (ii, 19), il y avait entre quarante et cinquante professeurs de droit. Il assistait aux cours de chacun de ces maitres; il leur disait: C'est dans le Quran, c'est dans le Hadith, mais ces professeurs répondaient toujours en disant: C'est l'opinion de notre maitre et de ses disciples. Bientôt, tous les étudiants quittèrent leurs professeurs pour assister aux cours de Châfi'i". L'autre citation est la suivante: "Al-Baihaqî rapporte: Châfi'i rédigea ses livres contre Mâlik seulement lorsqu'il apprit qu'on s'était procuré le bonnet de Mâlik en Andalousie, où il était à tel point vénéré qu'on le sortait pour demander à Dieu les pluies en temps de sècheresse, et aussi lorsqu'il entendit que toutes les fois qu'on rappelait aux juristes andalous les paroles du Prophète, ils répondaient: Mais telle a été l'opinion de Mâlik. Châfi'i disait alors: Mâlik n'est qu'un homme, et il peut commettre des erreurs. Cela l'amena à rédiger son ouvrage exposant les points sur lesquels il différait de Mâlik. Châfi'i assurait: J'ai prié Dieu

pendant une année entière de me guider dans le bon chemin avant d'entreprendre cette rédaction". *Tawâli*, p. 76).

Il est à remarquer que la méthode de Châfi'i n'a jamais changé, mais que les opinions qu'il exprimait ont parfois varié. D'aucuns pensent que cela est dû à ce fait qu'au début Châfi'i ne connaissait que les doctrines de l'école hijâzienne, auxquelles il appliqua sa méthode critique. Il ignorait alors les arguments de l'école de l'Iraq. Mais lorsqu'il se rendit à Bagdâd, il dut revenir sur certaines de ses anciennes opinions; et, ensuite, au Caire, il dut de nouveau changer certaines autres opinions en raison des maitres de l'école égyptienne. Si cela montre, d'une part, l'esprit de justice et de recherche de la vérité qui animait Châfi'i, qui était toujours prêt à reconnaitre ses fautes, cela a eu incidemment un autre heureux résultat: les disciple de Châfi'i eux mêmes furent forcés de ne pas devenir à leur tour imitateurs aveugles de leur maitre, car bien souvent ils se trouvaient en présence de deux opinions contradictoires du maitre sur le même point, et cela les obligeait à exercer leur propre faculté de jugement.

Il y a une autre explication possible du changement constant des opinions de Châfi'i, explication plus en conformité avec les réalités. En effet, avant lui, les juristes ne se souvenaient guère des paroles de Prophète. L'importance que Châfi'i y attacha comme source de droit, exigea une nouvelle évaluation de l'ensemble des données juridiques déjà acquises: la collaboration grandissante des juristes et des spécialistes du Hadith du Prophète apporta chaque jour de nouvelles découvertes d'importance juridique. Une étude faite en équipe de cette nouvelle source ne pouvait que mettre en lumière chaque jour de nouveaux aspects et les possibilités de nouvelles interprétations du nouveau matériel.

*Contenu de l'usûl al-fiqh*

Parlons maintenant un peu du contenu de la nouvelle science dont Châfi'i fut le pionnier. L'*usûl al-fiqh* signifie pour Châfi'i, non seulement ce que nous comprenons maintenant par la science du droit, mais aussi les principes de la législation, de l'interprétation, de l'application et de l'abrogation des lois ou des règles. Comme

source du droit musulman, il connait déjà le Quran, le Hadith, le consensus des juristes, la déduction analogique par les juristes individuels, ainsi que le "Bien-être public" comme source supérieure à la logique académique. Ce qui est intéressant, c'est qu'il parle longuement de la possibilité de tolérer la divergence des opinions parmi les juristes. Il parle des limites des dissentiments de ce genre. Quant aux principes d'interprétation, il distingue très nettement les règles générales des règles particulières et à portée limitée; il parle également, en cas de contradiction, du critère de ce qui abroge et de ce qui est abrogé, etc.. Les termes techniques employés par Châfi'i étaient tellement heureux que la plupart d'entre eux sont restés en usage dans cette branche d'études jusqu'à nos jours.

*Développements ultérieurs*

Nous avons déjà mentionné au début de cet exposé, qu'il y avait au sein de la société islamique, à l'époque de Châfi'i, trois disciplines distinctes quant à l'étude de la religion: l'orthodoxie des Muhaddithûn, le libéralisme des juristes, et le rationalisme des Mu'tazilites. Il n'y avait aucun trait d'union entre ces trois principaux groupes de savants, qui critiquaient chacun son adversaire à outrance, et cela souvent sans connaître les arguments de ce dernier. Grâce aux efforts de Châfi'i, la différence entre les juristes et les Muhaddithân fut si bien réglée que les sciences des deux groupes marchèrent désormais de concert. Le Mu'tazilisme n'était pas si facile à soumettre; on y soupçonne même l'influence des nouveaux convertis, insuffisamment islamisés. Pendant deux siècles et même plus, on rencontre des écrits polémiques des deux côtés. L'excès des Mu'tazilities et leurs persécutions sanglantes des Orthodoxes, sous le calife al-Ma'mûn et ses successeurs, ont plus tard provoqué une réaction de telle envergure, que, non seulement les adhérents du Mu'tazilisme ont disparu du monde musulman, mais que même les livres des écrivains mu'tazilites nous manquent presque totalement. On vient de découvrir l'*Usûl al-fiqh* (ou *al-Mu'tamad*) de Muhammad ibn 'Ali ibn Tayyib Abu'l-Husain al-Basri al-Mu'tazili (m. 436 H./1044). Moi-même, je possède l'abrégé *(Tajrid)* de cet ouvrage, un très généreux cadeau du

Mufti de la ville de Bait al-Faqih au Yemen (lors du voyage que j'y fis en 1946); les photos de son commentaire, en provenance d'une bibliothèque princière de San'a, ainsi que celles du premier volume de l'ouvrage original (ms. Topkapı) m'ont été fournies par la section des manuscrits de la Ligue des Etats Arabes; et j'ai trouvé le deuxième volume du même ouvrage à la bibliothèque de Laléli (Istanbul). Il se peut que ces précieux documents - dont je prépare l'édition - nous permettent non seulement l'établissement d'un texte défendable, mais aussi la restauration de la plus importante partie du système juridique mu'tazilite. Une étude approfondie et comparative nous donnerait la possibilité de connaître mieux cette controverse si animée de jadis.

Revenons à notre sujet. Les écrits de Châfi'î ont provoqué une grande effervescence chez les Mu'tazilites de l'époque. Peu après la mort de Châfi'i, en 204 H., Abû 'Ali al-Jubbâ'i et son fils Abû Hâchim ont écrit d'importants ouvrages pour réfuter les doctrines de Châfi'î. Le *Kitâb al-'Ahd* d'Abû 'Ali est aujourd'hui perdu. Cependant, Ibn Khaldûn dit que l'*al-Mu'tamad* d'Abu'l-Hasan al-Basri - dont nous venons de signaler la découverte des mss. - n'était en effet autre qu'un commentaire du livre d'Abû 'Ali. Il y en a des extraits dans les ouvrages d'ar-Râzi et autres. Il est donc possible de restaurer ou de reconstruire en partie l'ouvrage mu'tazilite d'Abû 'Ali aujourd'hui perdu.

Pour Châfii, la base des ordres et des interdictions n'est autre que la volonté de Dieu, exprimée dans le Quran et dans les paroles de Son messager, Muhammad. Dans les ouvrages postérieurs, sur la science de droit (usûl al-fiqh), il y a toujours de longues discussions sur le Bien et le Mal à ce propos. D'où vient cela? On connait la grande controverse dogmatique entre les Mu'tazilites et les Musulmans orthodoxes sur la question de la justice de Dieu, la possibilité de rester toujours un croyant tout en commettant des péchés, etc. Une étude approfondie des ouvrages des Mu'tazilites sur l'*usûl al-fiqh* nous montrerait peut-être si la discussion de *husn wa qubh* (Bien et Mal), comme base des ordres et des interdictions de la part de Dieu, n'était pas dûe à l'origine aux Mu'tazilites, influencés par les études philosophiques, grecques et indiennes, introduites dans la langue arabe à cette même époque.

Un contemporain du dit Mu'tazilite Abû Hâchim était l'imâm al-Mâturidi, né à Samarqand. Toute sa vie il a combattu les Mu'tazilites, et il écrivit plusieurs ouvrages à ce sujet. On parle d'un ouvrage polémique *(Kitâb al-jadal)* sur l'usûl al-fiqh et d'un autre ouvrage *Ma'khadh ach-chaa'i'* (littéralement: source des lois) rédigés par le même al-Mâturidi, mais ils sont perdus. de même que le *Bayân wahm al-mu'tazilah* (exposé des doctrines fallacieuses des Mu'tazilites). Il existe plusieurs manuscrits d'un ouvrage appelé *Usûl al-Fiqh*, attribué au même auteur, et qui se trouve au Caire, à la Bodleinne et à l'ancienne bibliothèque de Gotha transférée depuis à Moscou; mais on ne l'a pas encore étudié, pour nous permettre de dégager le développement de cette science depuis son fondateur Châfi'i jusqu'à l'époque de Mâturidi.

Un contemporain de Mâturidi était ar-Râzi, un des plus grands juristes de son époque. Son *Kitâb al-usûl* est conservé dans les mss du Caire (section Nsûl, No 229), et j'ai récemment découvert son grand traité de droit, le *Charch mukhtasar at-tahâwi* en trois volumes, dans un manuscrit de Turquie. Jassâs était en même temps un grand Muhaddith, connaisseur des paroles du Prophète, et il a beaucoup contribué à rapprocher davantage les juristes et les Muhaddithûn. Il mourut en l'an 370 H.

Trois ans auparavant naquit près de Samarqand le grand Imâm ad-Dabûsi. Elève des disciples de Jassâs, l'imam Dabûsi continua les traditions de l'école de l'Asie Centrale, inaugurée par Mâturidi. Son *Kitâb al-asrâr* (Livre des secrets) est un simple traité de droit général, encore inédit. Il mourut en 430 H. L'Orient musulman ne semble pas avoir poussé plus loin l'étude de cette discipline, mais le grand juriste espagnol, Ibn al-'Arabi, se rendit à Bagdâd, copia les ouvrages de Dabûsi. et les répandit en Occident musulman. Il faut peut-être penser que les ouvrages juridiques d'Ibn Ruchd se sont inspirés de Dabûsi. Le *Bidâyat al-mujtahid* d'Ibn Ruchd, maintes fois imprimé, et le *Nihâyat al-mujtahid* du même auteur dont la copie transcrite par le susdit Ibn al-'Arabai est encore heureusement conservée, en deux gros volumes, dans la bibliothèque d'Afyun-Karahisar (Turquie) - développe encore et pousse plus loin la jurisprudence comparative du

droit musulman. On a conservé de lui un autre ouvrage, *Taqwim al-adillah*, dont les mss se trouvent dans de multiples bibliothèques d'Istanbul (Yeni-Jâmi', 310; Kilij 'Ali, 690; Topkapı-Ahmed III, 1106) ainsi qu'au Caire. C'est un ouvrage qui traite bien le sujet dont nous nous occupons, à savoir l'*usûl al-fiqh*, et qui est l'un des meilleurs traités sur ce sujet que j'aie jamais lu. L'auteur était un maître des études comparatives, comme nous venons de le voir; ne nous étonnons donc point si ses connaissances étendues ont enrichi d'une façon singulièrement heureuse les discussions de ce compendium de la science du droit islamique. En outre, il nous a conservé, par de nombreuses citations, les opinions d'un grand nombre d'anciens maitres, dont les ouvrages ne nous sont malheureusement pas parvenus. On peut même dire que ce *Taqwim al-adillah* est un ouvrage sur l'usûl al-fiqh comparé.

Il vaudrait la peine d'étudier l'ouvrage *al-Istilâm li radd Abi Zaid ad-Dabûsi*, par le Châfi'ite Mansûr ibn Muhammed as-Sam'ani de Merv (m 489 H., ms Jârullâh 5802), qui a pour sujet une réfutation des opinions de Dabûsi sur l'usûl al-fiqh. Le *Tq'sis an-nazar* de Dabûsi développe une branche de la science juridique musulmane en une discipline indépendante, à savoir la jurisprudence comparée qu'on appelle Khilaâfiyât (science des divergences). L'auteur prend un problème et donne les solutions attribuées aux différents juristes; ensuite il montre comment cette différence primordiale devient la cause originelle de la différence des centaines de points de détails entre les diverses écoles et sous-écoles.

La lumière de l'école de l'Asie Centrale ne s'éteignit point encore: tout de suite après Dabûsi, nous avons trois contemporains, des plus brillants dans les annales d'usûl al-fiqh: Chams al-a'immah Sarakhsi et les deux frères Fakhr al-Islâm Pazdawi et Sadr al-Islam Pazdawi, tous morts dans le dernier quart du 5e siècle de l'Hégire. Il convient de nous y attarder un moment:

*Sarakhsi*

Sarakhsi est une ville ancienne, entre Mechhed et Merv. Parmi le grand nombre de savants que cette ville a mis au monde, Abû Bakr Muhammad ibn Abi Sahl as-Sarakhsi est un des plus

grands juristes de l'Islam. Né au début du 5e siècle de l'Hégire (11e chr.), il fit ses études juridiques à Bukhara auprès du célèbre juriste 'Abd al-'Aziz al-Halwâni (m. 448). Sa vie est émouvante: L'époque était troublée par les croisades et par les impôts injustes toujours croissants dans le monde musulman, déchiré en d'innombrables petits Etats. Dans un tel Etat, le souverain Hasan, de la dynastie des Kharqânides, qui prétendait être le khâqân (empereur), se mit en colère un jour contre notre auteur, Sarakhsi, et le jeta en prison. La cause n'est pas claire; dans l'Encyclopédie de l'Islam (s.v. Sarakhsi), Heffening pense que l'empereur Hasan ne tenait pas compte du délai qui s'impose avant d'épouser une femme divorcée, pratique contre laquelle Sarakhsi aurait fait une opposition publique. Beaucoup plus convaincantes sont les raisons à lui prêtées par le Prof. Manâzir Ahsan Gilâni, qui, après de longues recherches, démontre que Sarakhsi s'était occupé de politique, et avait organisé l'opposition publique contre les impôts toujours croissants, dépensés pour la personne du souverain au détriment des besoins pressants du public.

Quoi qu'il en soit, il est intéressant de remarquer que le souverain garda un respect profond pour l'érudition de ce savant, et lui donna des facilités pour continuer sa vie intellectuelle: on l'emprisonna dans un puits, et l'on n'empêcha pas les élèves de se rassembler tous les jours devant le puits, le maitre leur dictant d'en-bas ses cours juridiques. Les biographes précisent que Sarakhsi ne possédait pas de livres dans sa prison, et que tout ce qu'il dictait alors l'était de mémoire. Nous possédons au moins quatre ouvrages de cette époque, tous dictés de la profondeur du puits-prison: (1) le *Kitâb al-Mabsût*, un traité sur l'ensemble du droit musulman; (2) le *Charch as-siyar al-kabir*, sur le droit international, (3) le *Ziyâdât*, et (4) l'*Usûl al-fiqh*, sur la science du droit. Pour avoir une idée de son érudition, il suffit de signaler que le *Kitâb al-mabsût* a été édité au Caire, il y a un demi-siècle, en 30 gros volumes de grand format, comportant environ 10.000 pages. Le *Charch as-siyar al-kabir*, édité à Haiderabad en 4 volumes d'environ 2.000 pages, a été traduit en turc par 'Aintâbi, il y a plus d'un siècle. Le dernier ouvrage, qui nous intéresse particulièrement, l'*Usûl al-fiqh*, vient d'être édité en deux

volumes par la Société Ihyâ' al-ma'ârif an-nu'mâniyah de Haiderabad et imprimé au Caire, avec des index; il a presque mille pages. Il révèle un esprit méthodique, clair, et une connaissance profonde de la vie humaine; "il se distingue par le désir de dégager les fondements généraux du droit". L'étendue même de son ouvrage sur la science du droit, avec ses mille pages, nous donne des notions de la plus haute valeur. Par ses autres ouvrages, on savait déjà combien il se méfiait des discussions déplacées, et combien chaque mot chez lui se trouvait à sa place. Comme il se réfère toujours à la vie pratique, ses ouvrages sont une mine de renseignements historiques, surtout de l'époque seljoucide qu'on ne trouve pas ailleurs. Pour donner un petit exemple de la profondeur de sa vision, signalons le cas de la trêve avec les non-Musulmans. L'auteur dit que les intérêts d'une portée lointaine doivent avoir le pas sur les intérêts immédiats; et à son appui il cite la fameuse trêve de Hudaibiyah du temps du Prophète, et lui attribue une explication qu'on ne rencontre jamais ailleurs, et qui est beaucoup plus convaincante et beaucoup plus pénétrante que celle donnée par les biographes du Prophète sur l'autorité d'az-Zuhri. Notre auteur Sarakhsi dit qu'à Hudaibiyah le Prophète avait accepté une trêve quelque peu humiliante, bien qu'il n'y fût en rien obligé: il n'y a pas eu de guerre, et les Mecquois étaient loin de lui nuire à cette époque. Pourtant le Prophète concéda aux Mecquois tout ce qu'ils demandaient, car il avait aperçu que Médine se trouvait à cette époque entre deux ennemis, également puissants et invétérés: Khaibar dans le Nord de Médine, et la Mecque dans le Sud, et l'année précédente tous les deux avaient conjointement assiégé Médine dans la guerre du Fossé (Khandaq). Les Musulmans n'étaient pas assez puissants pour combattre sur les deux fronts simultanément; le Prophète décida donc de conclure une paix, coûte que coûte, avec l'un des deux, pour avoir les mains libres contre l'autre. Le choix fut pour la Mecque, à qui il donna tout ce qu'elle demanda, à la seule condition qu'elle restât neutre dans les guerres entre l'Islam et ses ennemis. Séparer les Mecquois de leurs alliés de Khaibar, c'était l'éclatante victoire diplomatique du Prophète, le *fath mubin* et le *nasr 'aziz*, comme l'indique le Quran. Cette explication des raisons profondes de la politique du Prophète

à Hudaibiyah, que nous devons à Sarakhsî, est un exemple des trésors que renferment ses ouvrages.

Dans les différents passages de ses ouvrages, Sarakhsi lui-même précise que c'est de l'intérieur du puits-prison qu'il les a dictés. Ces références mentionnent les années entre 466 et 477; donc la durée de l'emprisonnement a été d'au moins onze ans. C'est l'époque où le grand sultan seldjouk Malikchâh réunit sous son pouvoir le territoire s'étendant d'Antioche (en Asie Mineure) jusqu'à Uzjand (en Transoxiane). Il est permis de croire que ce sont les conquêtes de ce souverain et les réformes fiscales effectuées par lui, qui ont enfin amené la libération de Sarakhsi. Il continua son activité littéraire jusqu'à sa mort en 483 H., et compléta à Farghânah, sous l'égide du même souverain Hasan, les parties inachevées de ce qu'il dictait du fond du puits-prison. Parmi ses élèves et leurs successeurs, on relève un grand nombre de juristes bien connus, qui tous ont continué les traditions juridiques de l'école de l'Asie Centrale.

*Les deux frères Pazdawi*

La localité de Pazdah, dans la region de Nasaf, au delà de l'Oxus, a produit deux grands juristes, contemporains de Sarakhsi. Le frère aîné, connu sous le surnom de "Fakhr al-Islam", était camarade de Sarakhsi dans l'école dirigée par al-Halwâ'i, et mourut un an avant Sarakhsi, en 482 H. Les études d'usûl al-fiqh avaient pris des proportions considérables, et l'on avait besoin de manuels pour les jeunes élèves. Fakhr al-Islam en rédigea un, qui est considéré comme une merveille de condensation. On n'a pas cessé d'écrire des commentaires volumineux pour faire comprendre le contenu de son ouvrage. Le commentaire de 'Abd al-'Aziz al-Bukhâri (m. 730 H.) a été publié en 4 gros volumes. Ne nous étonnons pas si le monde savant désigne Pazdawi aîné par le surnom Abu'l-'Usr (le grand maître de la Difficulté). Par contre, le cadet a reçu l'épithète d'Abu'l-Yusr (le grand maître de la Facilité), parce qu'il a systématisé la science d'usûl de la façon la plus claire et la plus facile à comprendre. Il mourut onze ans après son frère aîné, en 493 à Buhkârâ. Le "Maitre de la Facilité" n'a pas manqué

de donner une nouvelle orientation à l'étude de notre sujet. Son élève 'Alâuddin as-Samarqandi a rédigé le *Tuhfat al-fuqahâ'*, qu'apprécient tant les jeunes. La fille de ce dernier, Fâtimah, était, elle aussi, juriste en renom à son époque; elle épousa Kâsâni, le juriste peut-être le plus clair de toute l'histoire islamique. A la même époque, nous avons: l'Imam al-Haramain Juwaini, son élève le célèbre Ghazâli, ses contemporains, également célèbres, Taftâzâni, Râzi et Amidi. Il sont tous méthodiques, systématiques et sans obscurité, mais leurs devanciers avaient déjà tellement poussé les études que, pour ces successeurs, il n'y avait pas grand' chose à ajouter à la science même. Pourtant je puis relever le fait, déjà signalé par Manâzir Ahsan Gilânî, que les polémiques avec les Mu'tazilittes, au sujet d'usûl al-fiqh, ont influencé les juristes dans une grande mesure. Ghazâli connaissait bien la philosophie grecque; Râzi alla plus loin encore, et avant de rédiger son ouvrage sur l'usûl al-fiqh orthodoxe, il fit, pendant de longues années, des études poussées auprès du grand philosophe de l'époque, Majd al-Jili. Quant à Âmidi, on sait qu'il avait même appris le grec et le syriaque, pour étudier directement la philosophie et ses problèmes

Après avoir mentionné le *Burhân* de Juwaini, le *Mustasfà* de Ghazâli, l'*al-'Ahd* du Mu'tazilite Jubbâ'i, et le *Mu'tamad* du Mu'tazilite Abul-Husan al-Basri, le grand auteur Ibn Khaldûn nous dit: "Puis tous ces ouvrages furent assimilés et condensés par deux grands maîtres ultérieurs, à savoir Râzi dans son *Mahsûl*, et Âmidi dans son *Kitâb al-ahkâm*". Si Châfi'i était le premier à faire une synthèse entre les Mu'tazilites et les Orthodoxes, parmi les juristes et les Muhaddithûn, les siècles postérieurs enrichirent la langue arabe par des études dans les deux domaines de la philosophie profane et de la science religieuse. Il fallait de nouveau quelqu'un pour réconcilier les deux disciplines. Râzi et Âmidi l'ont fait, comme nous l'apprend Ibn Khaldûn.

L'originalité s'arrête évidemment pendant quelque temps à ces maitres. Signalons que le Mahsûl de Râzi est si grand et tellement plein de digressions que les étudiants ordinaires ne le touchent jamais. Le grand Baidâwi (auteur du fameux commentaire du Quran, mort en 685 H.) alla jusqu'à l'autre extrêmité: il

condensa les mille pages et plus du *Mahsûl* de Râzi en 20 pages seulement. Depuis six siècles, ce ne sont que les commentaires et les glosses de Baidâwi qui dominent les écoles musulmanes sur ce sujet. Un de ces commentateurs, Asnawi, nous parle de la "généalogie" de cet ouvrage en ces termes: "Sache que Baidâwi a extrait son ouvrage du *Hâsil* d'Armawi; ce *Hâsil* n'est autre qu'un extrait du *Mahsûl* de Râzi; quant au *Mahsûl* il s'éloigne à peine de deux ouvrages: le *Mustasfa* de Ghazâli et le *Mu'tamad* du Mu'tazilite Abu'l-Hasan al-Basri... En effet, j'ai vu que Râzi, qui apprit par cœur ces deux ouvrages, en cite parfois une page entière ou presque de l'un ou de l'autre".

*Différentes écoles sunnites d'usûl al-fiqh*

Je ne peux faire ici qu'une allusion rapide aux différentes écoles, ou plutôt sous-écoles sunnites: hanafite, mâlikite, châfi'ite et hanbalite, sans parler des écoles zâhirite, zaidite, khârijite, imâmite, etc. Les différences étaient au début importantes, mais toutes ces écoles ont été influencées les unes par les autres, en raison des polémiques successives, et, à l'exception de la méthode, toutes semblent être d'accord au fond. Tout le monde admet par exemple que les sources de base pour toute règle juridique sont le Quran et le *Hadith* (ou directives du Prophète). Si ces sources premières ne précisent rien sur un problème donné, ou si les indications paraissent contradictoires, l'élément humain commence à jouer son rôle, créant deux autres sources: l'opinion unanime (ou consensus des juristes), et l'opinion isolée ou individuelle qu'on appelle "qiyâs" (déduction analogique). La base de cette déduction de la loi par les juristes diffère selon les écoles. Tous sont d'ailleurs d'accord que l'intérêt public doit l'emporter sur la logique sèche des séminaires, d'où les procédés nuancés d'équité qu'on appelle *istihsân, istislâh, istishâb, etc.* L'Imam Mâlik, qui enseignait à Médine, a cette particularité qu'il attache une importance spéciale aux coutumes de cette ville du Prophète, arguant qu'en l'absence même de données précises, il faut croire que les usages des habitants de Médine avaient l'approbation du Prophète, et qu'il faut rejeter toute déduction analogique devant ces coutumes et consuétudes de Médine. Cette contrepartie de "consuetudo populi romani" ne

suggère pourtant pas une influence du droit romain sur l'école mâlikite; bien au contraire, il s'agit là d'une disposition d'esprit chez une certaine catégorie de gens pieux, qu'on retrouve chez tous les peuples.

Les ouvrages hanafites et châfi'ites d'usûl al-fiqh sont abondants; ceux qui ont été rédigés par les Mâlikites et les Hanbalites sont peu nombreux. Signalons que, parmi les ouvrages les plus anciens de l'école mâlikite, mentionnés par Hajji Khalifah, il y a *al-Ifâdah* par 'Abd al-Wahhâb, et *Tanqihât* par Ahmad ibn Idris al Qarâfi. Nous n'avons pas encore pu les consulter. Tous ces ouvrages ont été compliés à une époque où cette science a déjà été élaborée jusqu'aux derniers détails par les maitres des autres écoles, et ces savants mâlikites et hanbalites ne semblent pas avoir fait en effet autre chose que de résumer les points d'accord, tirés des ouvrages existants, en y ajoutant ici et là quelques données sur les points où ils différaient de leurs devanciers des autres écoles. Les Hanbalites par exemple rejettent le *qiyâs*, dont parlent les Hanafites, et lui substituent un autre procédé, légèrement différent seulement quant à l'apparence. Parmi les ouvrages les plus anciens de l'école hanbalite que je connais sont ceux d'Abû Ya'la al-Farrâ' (m. 458 H.): *al 'Uddah*, et le quatrième volume seulement d'*al-Kifâyah* (les deux mss. se trouvent au Caire, section usûl, 76, 365). L'usûl al-fiqh de Muwaffaq ad-din ibn Qudâmah a déjà été édité, et constitue un bel exemple de cet savant érudit.

Chez les Chi'ites, signalons à titre d'information que le grand savant al-Mutahhar al-Hilli (m. 726 H.) a rédigé le *Mabâdi'l-wusûl ila 'ilm al-usûl* (dont le ms. se trouve à Alexandrie, No 3171/I c). L'époque même de l'auteur montre qu'il a dû profiter de ses devanciers, pour rédiger un ouvrage répondant aux besoins de l'école imâmite. Ce fait ne diminue pas l'importance de cet ouvrage sur un aspect de l'histoire de cette science musulmane, aspect dont traite la grande école chi'ite.

*Travaux récents*

Pendant les cinq derniers siècles, on a certainement compilé de nouveaux ouvrages sur le sujet, et même beaucoup; et cela dans

tous les pays musulmans, depuis l'Inde - sinon même l'Indonésie - jusqu'au Maroc, en arabe comme en beaucoup d'autres langues parlées par les Musulmans. Il faut avouer néanmoins que c'est simplement la répétition de ce qu'ont écrit les anciens, sans grande originalité, ni progrès de la science. Il fallait attendre jusqu'à notre époque pour que quelque chose de nouveau pût être ajouté à ce sujet. Nous pensons surtout à *'Abd ar-Rahim*, qui vient de mourir en l'an 1952 à Karachi Pour comprendre sa contribution, il faut connaitre l'arrière-plan:

Nous avons dit plus haut que le science du droit n'existait ni chez les Grecs ni chez les Romains. Je ne m'étendrai pas ici sur le point de savoir sous quelles influences les premiers auteurs occidentaux ont commencé à s'occuper de ce thème. Comme dans tant d'autres domaines, la contribution originelle de l'Occident des derniers temps, au sujet de la science de droit, a non seulement une grande valeur théorique, mais aussi une originalité incontestée. Notre 'Abd ar-Rahim, originaire du Bengale, avait une formation anglaise; après avoir fait une brillante carrière comme juge aux cours de cassations (High Courts) de Madrâs et de Calcutta, il fut pendant de longues années le président de l'assemblée législative centrale de l'Inde britannique, à Delhi. Etant juge à Madrâs, il fit une série de conférences à l'Université de Calcutta, occupant la chaire appelée "Tagore Law Lectures". Ces cours ont depuis été édités en anglais sous le titre "*Principles of Muhammadan Jurisprudence*", ouvrage qui a été traduit en plusieurs langues, en italien, etc. Connaissant à fond la science occidentale moderne du droit, il eut l'idée d'étudier l'usûl al-fiqh auprès de certains de mes propres parents, de formation classique. Ensuite, il rédigea un ouvrage, où il ne parla que des notions reçues chez les juristes musulmans, mais avec cette particularité qu'il supprima certaines discussions et en ajouta certaines autres tout à fait nouvelles. En d'autres termes, il n'entendit plus par l'usûl al-fiqh ce qu'ont dit les anciens, mais il parla des notions musulmanes sur les sujets discutés dans les ouvrages occidentaux de la science du droit. Les classiques de l'usûl al-fiqh lui furent une mine précieuse, mais il fallait puiser à d'autres sources encore, pour répondre à toutes les questions soulevées dans un ouvrage du

genre qu'il se proposait d'écrire. Ce fut un travail de pionnier, qui eut un grand succès. Espérons qu'il ne sera pas le dernier sur cette voie.

Je termine ce court exposé, en signalant deux autres ouvrages récents. D'abord, un de mes anciens élèves (qui, hélas, vient de trouver dernièrement une mort tragique dans un accident d'autobus): Qâdi Muhammed 'Abd'ur-Rahmân-a publié en langue urdue, il y a quelques années, sa thèse de l'Osmania Université sous le titre *"Tadwin-e-usûl-e-fiqh"* (ou histoire de la science du droit chez les Musulmans), thèse préparée sous la direction du Prof. Manâzir Ahsan Gilânî, dont nous avons parlé à plusieurs reprises. A ma connaissance, c'est le premier et le seul ouvrage sur le sujet. Je suis heureux qu'il m'ait écouté pour le choix de ce travail. Un autre travail, beaucoup moins ambitieux, est à signaler seulement à titre de référence: il s'agit d'une nouvelle étude des sources du droit islamique. J'en ai parlé lors du congrès international des orientalistes à Istanbul. Ce travail a été publié en français dans les comptes-rendus du Congrès, (vol. 2), puis traduit en turc et en anglais (le premier dans le premier numéro de l'*Islâs Tetkikleri Enstitüsü Dergisi d'Istanbul*, et l'autre dans l'*Islamic Quarterly* de Londres, Décembre 1954). L'auteur y signale que, depuis le grand Imam Châfi'i, les ouvrages d'usûl al-fiqh mentionnent seulement quatre sources du droit islamique, à savoir le Quran, le Hadithn, l'Ijmâ' et le Qiyâs; mais même depuis l'origine, les auteurs et les juristes les plus orthodoxes ont puisé à plusieurs autres sources. On ne les cite point dans les ouvrages d'usûl al-fiqh, mais on s'en sert et on s'y réfère quand même, pour citer la source de telle ou telle règle du droit islamique.

Nous sommes à la veille d'une nouvelle époque pour les études juridiques chez les Musulmans, dans tous pays du monde, où l'impact de la civilisation occidentale et de la société musulmane a créé une situation qui exige l'attention des meilleurs talents de la communauté. Il est facile de se séparer du passé de la communauté et d'importer une chose toute faite de l'étranger; mais il n'est pas certain que les choses faciles soient toujours préférables à une évolution difficile mais intérieure au sein de la communauté elle-même à qui s'applique son propre système de droit. L'avenir montrera quelle direction prendra la pensée juridique musulmane.